



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

JOAGNY AUGUSTO COSTA DANTAS

**DA INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS QUE ADENTRAM O TEXTO
CONSTITUCIONAL POR MEIO DO PODER
CONSTITUINTE DERIVADO**

CAMPINA GRANDE-PB
2014

JOAGNY AUGUSTO COSTA DANTAS

**DA INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS QUE ADENTRAM O TEXTO
CONSTITUCIONAL POR MEIO DO PODER
CONSTITUINTE DERIVADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba em cumprimento à exigência para
obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Doutor Hugo César Araújo de Gusmão

CAMPINA GRANDE-PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

D192i Dantas, Joagny Augusto Costa.

Da intangibilidade dos direitos fundamentais que adentram o texto constitucional por meio do poder constituinte derivado [manuscrito] / Joagny Augusto Costa Dantas. - 2014.
55 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Dr. Hugo César Araújo de Gusmão, Departamento de Direito Público".

1. Poder constituinte. 2. Direitos fundamentais. 3. Cláusulas pétreas. I. Título.

21. ed. CDD 342

JOAGNY AUGUSTO COSTA DANTAS

**DA INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
QUE ADENTRAM O TEXTO CONSTITUCIONAL POR MEIO
DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO**

Trabalho de Conclusão de Curso
(Monografia) apresentado ao Curso de
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba em cumprimento à exigência para
obtenção do grau de bacharel.

Aprovado em 14/05/2014

Prof. Doutor Hugo César Araújo de Gusmão/UEPB
Orientador

Prof. Doutor Raymundo Juliano Rego Feitosa/UEPB
Examinador

Prof. Mestre Maria Cezilene Araújo de Moraes/UEPB
Examinador

Aos meus pais, Aguífá Lira Dantas e Jozelma Cecília da Costa Dantas, e à minha irmã, Jaqueline Costa Dantas, pelo amor, carinho, dedicação e confiança, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, o grande responsável por minha existência, por estar sempre ao meu lado, me iluminando e me dando forças para trilhar corajosamente meus caminhos acadêmicos, profissionais e pessoais.

A meus pais, pela confiança em mim depositada e por todo o amparo afetivo e econômico a fim de que pudesse prosseguir na minha vida acadêmica.

A meus irmãos, Jaqueline e Guilherme, pela atenção e confiança a mim sempre dispensada.

Aos meus avós, Terezinha, José Vieira, Josefa e Aguitônio (*in memoriam*), pelo amor, carinho e admiração explícita que sempre demonstraram.

A todos os demais parentes, pela confiança e apoio sempre depositados.

Ao meu orientador, Pós-Doutor Hugo César Araújo de Gusmão, pelo exemplo de profissional e ser humano, bem como pela confiança, apoio e incentivo que me fizeram amar o Direito Constitucional.

Às minhas orientadoras de Monitoria, Raïssa de Lima e Melo e Maria do Socorro Bezerra Agra, pelos ensinamentos a mim ministrados e pelos momentos de alegria e descontração que tivemos a oportunidade de partilhar.

Aos juízes federais, Dr. José Carlos Dantas Teixeira de Souza e Dr. Gustavo de Paiva Gadelha, pelos ensinamentos doutrinários, jurisprudenciais e de vida que me foram repassados nestes últimos anos de curso.

Ao meu supervisor de estágio, Gustavo Adelino, e aos demais servidores da 6ª Vara Federal, em Campina Grande, pela atenção sempre dispensada.

Aos meus professores, em especial às minhas primeiras professoras Tia Shirley, Tia Gil e Tia Madalena, pelos ensinamentos e pela formação educacional e cidadã.

Aos meus alunos e ex-alunos do Cursinho Revisão para o Vestibular e do IDES Colégio e Curso, pelo apoio, alegria e entusiasmo que me eram destinados todos os finais de semana.

Aos meus companheiros de estágio, Mateus e Priscila, pela amizade e companheirismo.

À minha amiga e monitora no IDES Colégio e Curso, Cinthia Dieska, pelo companheirismo, carinho, afeto e dedicação ao longo de todos esses anos.

A Michelle, Giorgianna, Jaqueline e Poliana, amigas de toda a vida.

Aos colegas de classe e, também, amigos de toda a vida, Cristina, Raquel, Inayah, Stephanie, Martha, Júlio César, Rosimere, Laura, Déborah, Josias, Rodolfo e Vinicius, pela atenção e companheirismo.

A Gildércia, amiga do peito, pela grandiosidade que ostenta, não apenas no nome de sua terra natal, mas no seu caráter, amor, carinho e compreensão.

Enfim, meus agradecimentos ao povo da Paraíba, por, através do pagamento de seus impostos, ter custeado meus estudos acadêmicos.

Chega assim a uma viragem de trágicas conseqüências, um longo processo histórico, o qual, depois de ter descoberto o conceito de “direitos humanos” – como direitos inerentes a cada pessoa e anteriores a qualquer Constituição e legislação dos Estados -, incorre hoje numa estranha contradição: precisamente numa época em que se proclamam solenemente os direitos invioláveis da pessoa e se afirma publicamente o valor da vida, o próprio direito à vida é praticamente negado e espezinhado, particularmente nos momentos mais emblemáticos da existência, como são o nascer e o morrer. (SÃO JOÃO PAULO II, 1995)

RESUMO

O processo de construção e reforma da Constituição sempre foi alvo de profundas e ampliadas discussões no mundo acadêmico. Tal processo, no caso específico do constitucionalismo brasileiro, ganhou nova amplitude com a inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal. A possibilidade de que tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos adentrem no ordenamento jurídico com status de emenda constitucional abriu uma nova e profunda discussão acerca da temática no Supremo Tribunal Federal. Dentre as várias abordagens realizadas pela nossa Suprema Corte, em 2010 destacou-se uma tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes que afirmava, em suma, que só seriam cláusulas pétreas as normas de direito fundamental oriundas da manifestação do poder constituinte originário. De imediato, tal posicionamento gerou grande inquietação no Excelso Pretório. Porém, como foi tratado de forma incidental, a Corte não chegou a se posicionar oficialmente, naquele momento, sobre a temática. É, justamente, procurando responder a esta inquietação que a presente monografia visa abordar a temática. Trazendo matérias clássicas do Direito Constitucional, como a teoria do poder constituinte e dos direitos fundamentais, visa-se dar contemporaneidade à discussão, traçando-se os limites modernos do processo de reforma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte. Direitos Fundamentais. Cláusulas Pétreas.

A B S T R A C T

The process of construction and reform of the Constitution has always been subject to deep and extended discussions in the academic world. This process, in the specific case of the Brazilian constitutionalism, gained new breadth with the inclusion of § 3 to the art. 5 of the Federal Constitution. The possibility that international treaties and conventions that deal with human rights adentrem with the legal status constitutional amendment opened a new and profound discussion about the theme in the Supreme Court. Among the various approaches taken by our Supreme Court in 2010 stood out a thesis defended by the Minister Gilmar Mendes stated that, in short, that would only be immutable clauses standards of fundamental right derived from the manifestation of the original constituent power. Immediately, this position has generated great concern in Exalted Praetorium, however, was treated as incidental, the Court did not actually stand officially at that time on the subject. It is rightly seeking to respond to this concern that this monograph aims to address the issue. Bringing classic themes of Constitutional Law, as the theory of constituent power and fundamental rights, aims to give the contemporary discussion, tracing the limits of modern constitutional reform process.

KEYWORDS: Constituent Power. Fundamental Rights. Entrenchment clauses.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Nº	Número
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DO PODER CONSTITUINTE	13
2.1 Conceito e Surgimento	13
2.2 Modalidades.....	17
2.3 Reforma da Constituição e Mutação Constitucional	20
2.4 Cláusulas Pétreas	25
3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
3.1 Conceito, Evolução e Características.....	29
3.2 Direitos Individuais x Direitos Fundamentais x Direitos Humanos.....	36
3.3 Hierarquia e Inovações no Constitucionalismo Brasileiro – o caso dos tratados internacionais sobre direitos humanos.....	38
4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INCLUÍDOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO ATRAVÉS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO SÃO CLÁUSULAS PÉTREAS?	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 630.147, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde a Suprema Corte brasileira se posicionou acerca da aplicabilidade da Lei Complementar 135 nas eleições ocorridas no ano de 2010, mais precisamente durante o voto do Ministro Gilmar Mendes, levantou-se, incidentalmente, uma temática de efeitos profundos e importantes no constitucionalismo brasileiro: a natureza pétrea das normas oriundas do poder constituinte derivado. Durante uma discussão doutrinária entre este Ministro e o Relator do processo (Ministro Ayres Britto), afirmou-se que o § 9º do art. 14 da Constituição Federal (CF), com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) de revisão nº 4, de 1994, é cláusula pétrea. Em contraposição a este argumento, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que não se pode falar de cláusula pétrea em norma posta por emenda à Constituição.

Por sua vez, o relator destacou que todo o direito fundamental, ainda que por arrastamento, é intangível, sendo interrompido novamente pelo Ministro Gilmar Mendes que disse que não era desta forma que a doutrina tratava a cláusula pétrea, reafirmando que normas introduzidas por emenda constitucional não possuem a proteção da intangibilidade, o que causou estranheza a outros Ministros, a exemplo do Ministro Ricardo Lewandowski e da Ministra Cármen Lúcia.

Em pouco mais de 1 (um) minuto de julgamento, levantou-se uma discussão muito mais importante, e de efeitos extremamente revolucionários, do que a própria matéria que estava sendo discutida. Acatar a tese levantada pelo Ministro Gilmar Mendes (outrora exposta) trará imensas consequências para o plano jurídico e constitucional que, ainda que indiretamente, implicará numa reforma do próprio conceito de cláusula pétrea, poder constituinte e direitos fundamentais.

A presente monografia visa exatamente suscitar, perante o campo acadêmico, o debate acerca da temática, ainda pouco abordada inclusive no plano doutrinário. Uma vez suscitada tal questão perante o STF, não tardará a voltar tal discussão àquela Corte, de tal forma que há a necessidade de um maior conhecimento e posicionamento, por parte dos estudiosos do Direito, acerca da temática.

Inicialmente, far-se-á um breve resgate da própria teoria do Poder Constituinte, apresentando os seus diversos conceitos construídos ao longo da história do constitucionalismo, bem como as modalidades em que ele pode se apresentar. Ainda nesta discussão acerca do poder constituinte, pretende-se estudar as formas de reforma da constituição, inclusive no tocante à mutação constitucional, para que, logo em seguida, se comece a trabalhar o conceito de cláusula pétrea, sua importância e suas manifestações.

O capítulo seguinte será destinado à teoria dos direitos fundamentais. De início, traçar-se-á a evolução da temática na história mundial para que, a partir daí, se possa produzir um conceito sobre o tema, extraído das respectivas características. Dentro desse contexto, será levantada uma discussão acerca da existência ou não de diferenças entre os direitos individuais, fundamentais e humanos, já que tal debate será de importância fundamental para a análise do tema deste trabalho monográfico. Por fim, será abordada, de forma resumida, a posição hierárquica destes direitos fundamentais (especialmente os decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos) no constitucionalismo brasileiro, bem como as inovações acerca da matéria trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Feitos estes estudos prévios acerca da teoria do poder constituinte e dos direitos fundamentais, ingressar-se-á no ponto alto da presente monografia, qual seja, a resposta ao quesito: “Os direitos fundamentais incluídos no texto constitucional brasileiro através do poder constituinte derivado são cláusulas pétreas?”. Com a resposta a esta pergunta, ter-se-á como dar uma contribuição à Academia, haja vista que existem pouquíssimos trabalhos, na doutrina brasileira, que exploram esta temática tão importante que, indubitavelmente, será objeto, em breve, de discussão direta pelo Supremo Tribunal Federal.

Merece destaque, por fim, que não pretende a presente monografia esgotar a temática, mas sim tão somente suscitá-la, posicionando-se acerca da natureza pétrea das normas constitucionais inseridas por meio de emenda. Os eventuais efeitos decorrentes do posicionamento que será levantado neste trabalho poderão ser objetos de uma pesquisa posterior, demonstrando, conseqüentemente, a amplitude da discussão.

2 DO PODER CONSTITUINTE

2.1 Conceito e Surgimento

Muito se discute acerca do surgimento do poder constituinte, haja vista que este fato está intrinsecamente relacionado ao próprio conceito do que vem a ser este poder. Segundo Negri (2002, p. 07), a noção de poder constituinte está relacionada à de democracia. Este poder, segundo o autor, é definido como onipotente e expansivo. Além disso, para o mesmo, apenas regulando a política democrática, podemos ordenar o poder constituinte enquanto sujeito. Destarte, o conceito que ora se pretende apresentar não pode estar dissociado da existência de uma realidade democrática.

Diante de tais considerações, podemos afirmar que o poder constituinte é a fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, é o poder que elabora uma nova Constituição, um novo ordenamento jurídico e, também, uma nova sociedade. Nas palavras de Negri (2002, p. 09), é “um poder que surge do nada e organiza todo o direito”.

Para a maioria dos constitucionalistas, o surgimento do poder constituinte remonta ao surgimento da própria Constituição, pois, se é este poder que cria a norma constitucional, ele deve surgir concomitantemente a esta. Neste sentido, tem-se que a primeira manifestação do poder constituinte ocorreu em 1787, quando da criação da primeira Constituição em seu contexto moderno: a dos Estados Unidos da América. Contudo, é na Revolução Francesa que se torna mais fácil vislumbrar a personificação deste poder, motivo pelo qual grande quantidade dos doutrinadores fazem referência ao surgimento do poder constituinte na França, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e, posteriormente, com a Constituição Francesa de 1791.

As primeiras manifestações do que compreendemos hoje como Poder Constituinte Originário, e o advento das primeiras Constituições se encontram inseridos, portanto, neste processo de ruptura, confundido com a ideia de fundação da liberdade pública através da instauração de um governo republicano. A ânsia por liberdade pública – que consiste em “(...) participación en los asuntos públicos, o en la admisión en la esfera pública” (Arendt, 1988: p. 33) – como lema comum em ambos os movimentos pode esclarecer a preferência generalizada por uma forma republicana de governo, opção dos revolucionários na França e na América, já que,

conforme destaca Arendt (1988), a forma monárquica não era incompatível com a libertação, senão com a liberdade. (GUSMÃO, 2005, p. 98)

Independentemente do marco inicial adotado pelos doutrinadores, tem-se uma unanimidade: o fenômeno do poder constituinte surge no final do século XVIII, mais precisamente entre 1787 e 1791.

Não se pode compreender tal fenômeno como sendo apenas uma data ou um momento, mas sim uma construção política e social. Por este motivo, não se pode afirmar que o surgimento do poder constituinte se restringe a 1787, 1789 ou 1791, mas, sim, a um período histórico que podemos chamar das Grandes Revoluções ou da Queda do Absolutismo Monárquico.

Indubitavelmente, o mesmo espírito que inspirou os norte-americanos a se emanciparem da Inglaterra e elaborarem o seu próprio ordenamento constitucional foi o que estava presente nos franceses quando da Queda da Bastilha e da derrubada de Luís XVI e sua Corte. Portanto, a manifestação do poder constituinte transcende datas e fatos, motivo pelo qual adotaremos como seu surgimento o final do século XVIII.

Mesmo sendo uma opinião minoritária, merece destaque o ensinamento de Antônio Negri acerca de tal discussão. Segundo o autor, embora seja entre os séculos XVIII e XIX que o poder constituinte tenha se manifestado de forma mais veemente, o surgimento do seu conceito antecede, e muito, este período, haja vista que filósofos como Maquiavel (ao estabelecer a relação entre *virtú* e fortuna) e Harrington (que trata o poder constituinte como contrapoder) já discutiam e definiam a matéria que ora estamos abordando.

Feitas estas considerações acerca do surgimento do poder constituinte, volta-se à discussão acerca do seu conceito. O poder constituinte se mostra, portanto, como uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo o equilíbrio preexistente e toda a continuidade possível (NEGRI, 2002, p. 21). Ele entra em choque com o constitucionalismo de maneira direta, forte e duradoura.

Mas pode-se perguntar: se o poder constituinte é quem cria a Constituição, como é que ele pode entrar em choque com seu próprio “filho”? No próximo item, quando tratarmos acerca das modalidades deste poder, verificaremos que a natureza da força constituinte é muito parecida com a de um monstro, pois, se não domada, estará sempre se autodestruindo. O poder constituinte é uma

revolução e, portanto, sempre que aparece, provoca mudanças/rupturas em toda a sociedade.

Neste ponto, devemos distinguir o conceito social de revolução do jurídico. Afirmar que o poder constituinte promove uma revolução não significa dizer, necessariamente, que a existência da manifestação deste poder se dá tão somente com a ocorrência de uma revolução social. Neste ponto, merece destaque o ensinamento de Ferreira Filho (1999, p. 37-38):

Não obstante, é mais frequente a manifestação do Poder Constituinte através da revolução. Contudo, a revolução *fenômeno social* não pode ser identificada, necessariamente, com a revolução *fenômeno jurídico*. E é preciso, então, situar o *fenômeno jurídico*, como também caracterizar o *fenômeno social* revolução.

(...)

Na caracterização jurídica, revolução é uma quebra de continuidade, em última análise, quebra de continuidade no desenvolvimento da ordem jurídica. Não é a mudança da ordem jurídica pelos canais por ela previstos a fim de adaptar-se a circunstâncias novas; e, sim, a modificação anormal da ordem jurídica; a alteração contra a normalidade por ela própria prevista.

Juridicamente, portanto, revolução nada tem a ver com a amplitude ou a profundidade do movimento social. É revolução o simples golpe de Estado que, muitas vezes, se resume na mudança dos titulares do Poder, contra as regras previstas na Constituição, assim como é, juridicamente, revolução um movimento como o ocorrido na Rússia, que importou não só na modificação das instituições políticas, como da própria base social e econômica da comunidade.

Diante de tais considerações, podemos afirmar que o conceito de poder constituinte é democrático e revolucionário, abrindo-se, portanto, outra discussão importante: quem é seu titular?

Conforme veremos no próximo tópico, existem, basicamente, duas modalidades de poder constituinte: o originário e o derivado. Por enquanto, nos debruçaremos tão somente na análise da titularidade do poder constituinte originário, em razão de ser esta a primeira e principal manifestação deste poder.

Böckenförde (2000, p. 165) afirma que “El poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo”. Tal afirmação nos leva a refletir acerca da dicotomia existente na doutrina acerca da titularidade do poder constituinte originário, haja vista que parte dos constitucionalistas a atribuem ao povo e outra menciona que tal poder pertence à nação.

Para a análise deste contexto, devemos nos remeter às duas primeiras e principais manifestações constituintes citadas no início deste item: as Revoluções Americana e Francesa.

Diferentemente dos franceses, os norte-americanos não enfrentavam uma profunda desigualdade social e, embora também estivessem submetidos a uma autoridade monárquica, o poder do rei não se fazia tão influente e opressivo como na França. Vale destacar que os Estados Unidos da América, ainda como as 13 colônias, possuíam um Oceano Atlântico de distância do monarca inglês. Muito embora sofresse com os pesados impostos, a opressão absolutista não era tão forte como aquela sofrida pelo povo francês que convivia diretamente sob as ordens do monarca.

O próprio surgimento das 13 colônias pressupõe uma participação mais ativa de sua população, haja vista que, ainda a bordo do Mayflower, aqueles refugiados/exilados políticos e religiosos precisaram estabelecer uma espécie de contrato de convivência numa terra nova, desconhecida e “cheia de perigos”. Ainda como colônias, o povo norte-americano já apresentava uma organização política e social própria. Portanto, a Declaração Americana como objeto do poder constituinte dá a titularidade deste poder ao povo, expressão entendida como pessoas vinculadas à comunidade com o interesse de estabelecer um liame político.

Situação diferente ocorria na França, haja vista que a desigualdade social imperava aliada à figura de um monarca absolutista que controlava e reprimia arduamente os franceses. Havia no estado francês um desejo profundo de se livrar do rei e atribuir o seu poder a uma entidade abstrata denominada nação. É por este motivo que, com a Revolução Francesa e as posteriores Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e Constituição de 1791, o poder constituinte passou a ser titularizado pela nação francesa, uma entidade abstrata que tinha a função de preencher o vácuo do rei. Diferentemente dos Estados Unidos, a França resolveu pensar e polemizar o poder constituinte, principalmente como um fenômeno jurídico. E é exatamente por este motivo que grande parte dos constitucionalistas atribui à França o nascimento de tal poder.

Ante tais concepções, seguimos a doutrina de Böckenförde e entendemos que é o povo o titular do Poder Constituinte. Como afirma o constitucionalista:

al pueblo, entendido como un sujeto humano, se le debe reconocer pleno poder de disposición sobre la configuración del orden político y social, debe considerársele como su creador em sentido estricto. El orden social y político ya no se determina de acuerdo com uma ordenación divina de la naturaleza y del mundo, sino que los hombres, desde su voluntad y su decisión soberana, toman en sus manos su propio destino y la misma ordenación del mundo. (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 164)

Realizadas essas breves considerações acerca do conceito e surgimento do poder constituinte, passaremos agora a apresentar as suas respectivas modalidades.

2.2 Modalidades

O poder constituinte pode se manifestar de variadas formas e em variados momentos. Por este motivo, a doutrina tradicional constitucionalista menciona a existência de duas modalidades deste poder: a originária e a derivada.

Entende-se por poder constituinte originário a manifestação que rompe completamente o ordenamento constitucional preexistente. É uma quebra na ordem jurídica, inaugurando um novo sistema. Trata-se, na verdade, de uma verdadeira revolução.

Uma das metáforas mais fieis à manifestação do poder constituinte originário é a utilizada por Antônio Negri em sua obra “O Poder Constituinte” (2002). Segundo o autor, esta modalidade é um grande monstro que aparece para renegar toda a normalidade, afastar a ideia de obediência e as instituições dominantes. É um verdadeiro Leviatã que destrói toda a ordem jurídica e inaugura um novo sistema.

Carlos de Cabo Martín, por sua vez, também apresenta um conceito de poder constituinte originário. Segundo o autor:

(...) la concepción clásica desde el revolucionarismo francés se basa en la diferenciación jurídico-política del Poder constituyente como aquel Poder capaz de establecer en un momento determinado y de manera legítima la Constitución de un Estado. Esta concepción implica que el Poder constituyente reúne los siguientes caracteres:

1º En primer lugar, es un Poder <original>, lo que a su vez contiene un triple significado: de un lado, indica que se basa en sí mismo sin necesidad de apoyarse en ningún Poder anterior; de otro, que es un Poder <inicial> en el sentido de que encuentra en sí mismo el impulso para su puesta en funcionamiento; y, finalmente, que es un Poder <inaugural>, fundador, en el sentido de que supone una ruptura jurídico-política con la situación anterior

y la apertura hacia otra nueva, por lo que se le ha considerado como *conditor Reipublicae*, agotándose en esta función.

2º En segundo lugar, es un Poder incondicionado, sin límites, soberano y, por tanto, prejurídico, exterior y anterior al Derecho, aunque – por su carácter <originário> - origen de todo Derecho.

3º En tercer lugar, su fundamento no está, no puede estar – en base a lo anterior – en legalidad alguna, sino en la legitimidad democrática (en este sentido cabría indicar que si bien la teorización clásica se refiere habitualmente al revolucionarismo francés, realmente sus supuestos concuerdan más, y sobre todo más radicalmente, con los caracteres del constitucionalismo americano y sus presupuestos de soberanía del Pueblo, en consecuencia delegación – y no representación – del Poder y supremacía de la Constitución, frente a los de soberanía nacional y en consecuencia representación y no delegación, así como importancia y supremacía de la ley como caracteres propios del constitucionalismo europeo; de ahí que en cierto sentido pueda hablarse – y así se ha hecho en la doctrina – de un doble modelo de Poder constituyente, aunque en todo caso tanto uno como otro tienen en común el carácter democrático). (MARTÍN, 2003, p. 31-32)

Bonavides (2000, p. 125) explica o poder constituinte originário como sendo o que “faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico”. Já José Alfredo de Oliveira Baracho o define da seguinte forma:

O Poder Constituinte é originário ou genuíno quando o exercício da faculdade soberana do povo de constituir-se originariamente e pela primeira vez no Estado, tem o objetivo de elaborar o ordenamento jurídico. Surge para dotar um novo Estado de Constituição ou para estabelecer as instituições que foram revolucionariamente extirpadas, não se achando o titular desse poder necessariamente investido. (BARACHO, 1981, p.45-46)

Ante tais definições, o que marca a existência/manifestação do poder constituinte originário é a revolução, a ruptura, a mudança de paradigmas e de organização institucional. Destarte, são características deste poder a incondicionalidade, entendida como uma não obediência a um poder pré-constituído; o caráter inaugural, haja vista que institui um novo ordenamento jurídico-constitucional; e a não obediência à legalidade, pois o poder constituinte originário é o “monstro” que tudo destrói sem seguir regras.

Contudo, em face desta incondicionalidade do poder constituinte originário, há a necessidade de inaugurar uma nova modalidade, desta vez limitada, que possa “adormecer”, por um instante, este monstro, até porque, se ele continuar “acordado”, será capaz de destruir sua própria obra, gerando, assim, um estado de

insegurança constitucional. Surge, portanto, a segunda modalidade de poder constituinte: o derivado, também chamado de poder constituído.

Não podemos afirmar que o poder constituinte derivado “prende” o originário, até porque aquele está subordinado a este. Além disso, a força do poder constituinte originário é imensa, capaz de destruir qualquer “prisão”. Apenas a título de exemplo, se o poder constituinte derivado tivesse o condão de prender o originário, não existiriam revoluções e rupturas constitucionais. Mas não é isto que vislumbramos ao longo da história da humanidade, em especial nestes últimos anos, onde vimos a queda de vários regimes mundo afora.

O poder constituinte derivado aplica uma espécie de “sonífero” no originário, a fim de que o “monstro” possa adormecer, mas, de toda forma, este poder constituído tem que agir com cautela e nos liames impostos pelo “adormecido”, até porque, se tentar transpassar este, a fera adormecida irá acordar e, novamente, realizar uma ruptura constitucional inaugurando uma nova Constituição a partir da manifestação originária.

Na verdade, este poder constituinte derivado tem a função de manter a obra constituinte viva e atualizá-la de acordo com as mudanças sociais sem que a Constituição perca sua essência. Por este motivo, também é chamado de Poder de Reforma ou de Revisão. Segundo Carlos de Cabo Martín:

Frente a estos caracteres del Poder constituyente, el Poder de Revisión, como sujeto que en virtud de lo dispuesto en la Constitución detenta el poder de reformarla, se configura de manera que puede considerarse simetricamente contraria:

1º En primer lugar, no es un Poder original en ninguno de los tres sentidos antes indicados sino derivado: no se basa en sí mismo sino que procede de la Constitución; tampoco puede decirse que se un Poder inicial en cuanto a la libertad e independencia para su puesta en funcionamiento, dado el carácter reglado y restrictivo de la iniciativa para la Reforma; y tampoco es un Poder fundador, sino que, por el contrario, su naturaleza consiste justamente en que a su través se produce la continuidad del sistema jurídico-político, del Ordenamiento jurídico del Estado.

2º En segundo lugar, no es un Poder incondicionado y soberano, sino que, en cuanto constitucionalizado, es un Poder juridizado y, por tanto, limitado.

3º Y en tercer lugar, su fundamento es, por consiguiente, la legalidad constitucional. (MARTÍN, 2003, p. 32)

Por sua vez, Bonavides (2000, p. 125) o define como o que se insere na Constituição:

(...) é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.

Por fim, Baracho (1981, p. 50) trabalha o conceito de Poder Constituinte Derivado de uma forma mais ampla, subdividindo-o em instituído e decorrente:

Aceita-se que a primeira espécie de Poder Constituinte Instituído é aquele que surge para rever e modificar a Constituição, daí as denominações, também de Poder Constituinte de Revisão ou Poder Constituinte Reformador. Tem sua base na Constituição, pelo que acrescenta-se somente ser possível quando é fixa ou rígida. Além da modalidade de Poder Constituinte Instituído, que é o de revisão constitucional, admite-se uma segunda espécie que é o Poder Constituinte Decorrente. Estipulada na Constituição, surge para exercer tarefa de caráter constituinte, quando estabelece a organização fundamental de entidades que compõem o Estado Federal (...).

Destarte, podemos afirmar que o poder constituinte derivado está subordinado ao originário, tendo como finalidade precípua a revisão/adequação do texto constitucional às novas realidades sem alterar a essência do documento original. Suas características, portanto, são opostas às do poder originário anteriormente explicitadas, pois trata-se de um poder condicional, devendo obediência ao poder constituinte originário; é secundário, não instituindo um novo ordenamento jurídico-constitucional; e deve obediência aos dispositivos constitucionais, conforme veremos a partir de agora ao tratarmos das regras de reforma da constituição.

2.3 Reforma da Constituição e Mutação Constitucional

Segundo Lassale (2001, p. 48), a Constituição é um somatório dos fatores reais de poder que vigoram num país. Destarte, conforme já explicitado, o documento constitucional é algo vivo e, portanto, se não acompanhar a evolução social e estes fatores reais de poder, estará condenado a se tornar uma mera folha de papel conforme igualmente afirma o doutrinador (2001, p. 53).

O poder constituinte derivado tem a função de manter viva e atualizada a Constituição de um país e, para isto, é que existe o processo de reforma da Constituição.

Não se pode confundir a reforma da Constituição com o conceito de revolução exposto no item 1.1 desta monografia. Inicialmente, cumpre destacar que o conceito de revolução está atrelado à manifestação do Poder Constituinte Originário, enquanto que a reforma constitucional é da competência da forma derivada de Poder Constituinte.

Reformar a norma constitucional não é romper com o espírito da Constituição, mas sim atualizá-la, adequá-la mantendo sua essência. É por este motivo que, conforme será estudado no item seguinte, existem as cláusulas pétreas, que são proibições de reforma acerca de determinadas temáticas que compõem a própria essência da ordem constitucional vigente.

Esta modificação/atualização constitucional pode se dar de duas formas: com e sem alteração textual. À primeira, dá-se o nome de reforma/emenda constitucional. Já a segunda é tratada pela doutrina como mutação constitucional. Passaremos, a partir de agora, a tecer breves considerações acerca destas duas modalidades.

Jellinek foi um dos primeiros doutrinadores a tecer a diferenciação outrora mencionada. Segundo ele:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación. (JELLINEK, 1991, p. 7)

Vislumbra-se, portanto, que, enquanto a reforma constitucional é fruto de uma ação voluntária/intencional com modificação textual, o processo de mutação não é produzido, necessariamente, por um ato intencional/voluntário, mas, sim, decorre de fatos sociais que levam a uma alteração da interpretação da norma constitucional sem mudança de texto, ou seja, sem câmbio formal.

Vale ressaltar que, dependendo da forma como se dá o processo de reforma constitucional, a Constituição pode ser classificada como imutável, rígida,

flexível ou semirrígida. Sobre este aspecto, merece transcrição as lições do professor Inocêncio Mártires Coelho, em obra conjunta com os doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Consideram-se imutáveis ou, ironicamente, constituições utópicas – como ensina Pontes de Miranda – aquelas que nem sequer cogitaram do modo pelo qual se haviam de emendar, ou haviam de ser revistas; que tinham por imperecíveis aos seus princípios e a si mesmas; constituições, enfim, que, impondo-se ao tempo e “impedindo” que este lhes corroa o texto, só deixam ao povo, ou às gerações que nela não veem solução para os seus destinos, os recursos da revolução.

Dizem-se rígidas as constituições que, mesmo admitindo emendas, reformas ou revisões, dificultam o processo tendente a modificá-las, que é distinto, por essa razão, do processo legislativo comum; flexíveis, ao contrário, são as constituições que podem ser modificadas de forma fácil, tal como se mudam as leis em geral, ou cujo texto – por isso mesmo – se altera quando são promulgadas disposições legais em contrário.

Denominam-se semirrígidas as constituições de estabilidade híbrida, aquelas dotadas de partes rígidas e partes flexíveis, como a “Constituição Política do Império do Brasil”, onde se estatuiu – para efeito de observância do seu rito especial de revisão – que só era constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; e que tudo o mais, ou seja, aquilo que não fosse constitucional, poderia ser alterado pelas legislaturas ordinárias. (COELHO; BRANCO; MENDES, 2010, p. 62-63)

Diante desta classificação, podemos afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é rígida, em razão de seu processo dificultoso de reforma conforme será analisado ainda neste tópico.

Jellinek (1991, p. 11), ao falar sobre a reforma constitucional, afirma que esta pode se dar de três maneiras: revogação total de um artigo da Constituição, modificação textual da norma (com acréscimo ou redução) e substituição por leis posteriores.

A revogação total de um artigo da Constituição ocorre quando a emenda constitucional, expressamente, faz menção à retirada do inteiro teor normativo de um artigo. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o art. 117 da nossa Constituição, com a reforma introduzida pelo art. 4º da Emenda Constitucional 24/1999 que dispôs o seguinte: “Revoga-se o art. 117 da Constituição Federal.”.

Por sua vez, a modificação textual da norma acontece quando, por meio de reforma da Constituição, modifica-se determinado dispositivo constitucional sem retirá-lo, contudo, do ordenamento. Tal modificação pode se dar com acréscimo no texto, conforme aconteceu com nossa Constituição através da Emenda

Constitucional 72/2013, que ampliou o rol de direitos trabalhistas dos empregados/trabalhadores domésticos; ou com redução da norma, como foi o caso do art. 102, I, da CF, que, com a Emenda Constitucional 45/2004, teve a sua alínea “h” suprimida.

Por fim, o processo de reforma da Constituição por substituição através de leis posteriores foi o que ocorreu, segundo Jellinek (1991, p. 11), nos Estados Unidos da América, já que “Allí no se cambió hasta hoy ninguna letra del documento constitucional de 1787, pero se añadieron quince enmiendas a la Constitución que modificaron el contenido de algunos preceptos del instrumento fundamental.”.

No caso do nosso país, “a Constituição Federal brasileira prevê, no seu artigo 59, I, como tipo normativo que encabeça o processo legislativo, a emenda constitucional” (GUSMÃO, 2005, p. 103). Conforme preveem os incisos do art. 60 do nosso Texto Maior, a Constituição poderá ser reformada/emendada por iniciativa de, no mínimo, 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do(a) Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Ainda prevê o art. 60 da CF que ela não poderá ser objeto de reforma/emenda na vigência de estado de defesa, de sítio ou de intervenção federal. Ademais, diante da rigidez outrora mencionada de nossa Carta Magna, a emenda deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, de tal forma que, em cada votação, deverá ser atingido o índice de 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, sob pena de não aprovação. Caso seja aprovada, a emenda deverá ser promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Em caso de rejeição ou restar prejudicada, conforme dispõe o § 5º do art. 60 da CF, a matéria constante da respectiva proposta de emenda não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Feitas estas breves considerações acerca do conceito e manifestação da chamada reforma da Constituição, passaremos, a partir de agora, a definir o que vem a ser o processo de mutação constitucional.

Jellinek (1991, p. 16) afirma que a mutação constitucional é, na verdade, “el cambio de su interpretación”. Nas palavras do grande constitucionalista Peter Häberle (2001, p. 62-63):

La mutación constitucional a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constitución, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización. Por la sola vía de la interpretación, ya sea la de los tribunales, la de la práctica estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de la combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente.

Resumindo o que foi outrora exposto, a mutação constitucional é um processo de modificação da Constituição sem alteração do texto. O que muda não é o artigo constitucional, e, sim, a interpretação de tal norma, que pode se dar através da atuação do Poder Judiciário (como aconteceu no Brasil com o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF), do próprio poder político, de situações sociais ou da combinação de ambos os fatores.

Deve-se destacar, contudo, que, conforme as lições de Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 306), essa alteração da interpretação da norma constitucional não pode afrontar o espírito da Constituição, e, sim, encontrar guarida nela, sob pena de estarmos diante não de um fenômeno de mutação constitucional, mas de uma mera interpretação que não possui o condão de alterar o texto da Carta Magna.

Häberle, ao trabalhar o conceito de mutação constitucional, afirma que a mudança da Constituição através apenas da interpretação pode se dar por meio retrospectivo ou prospectivo, haja vista que tais métodos têm a mera função de organizar o tempo, seja de forma retroativa (ligando a interpretação ao tempo passado) ou de forma progressista (formando uma interpretação vanguardista).

La interpretación histórica incorpora los orígenes; el método objetivo, el presente, el método orientado a las consecuencias y el pronóstico, el futuro. Quizá la "impredecibilidad" general de los procesos temporales sea la razón por la cual, hasta ahora, ninguna metodología ha sido capaz de ponderar entre sí los diversos métodos de interpretación. Presumiblemente, su interrelación es una función del tiempo, o sea, es flexible. (HÄBERLE, 2001, p. 63)

Realizada a diferenciação da reforma e da mutação constitucional, é importante ressaltar que o processo de modificação constitucional, além de sofrer limites formais conforme outrora mencionados, também encontra limitação material, haja vista que determinadas temáticas do Texto Maior não podem ser objeto de

reforma pelo poder constituinte derivado. São as chamadas cláusulas pétreas, sobre as quais teceremos alguns comentários no item seguinte.

2.4 Cláusulas Pétreas

Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra conjunta com Gilmar Mendes e Inocência Mártires Coelho, ensina que:

De todas as restrições impostas ao poder de reforma a que mais provoca polêmica é a que constrange a atividade de reforma no seu conteúdo. Se a reforma da Constituição tem por objetivo revitalizar a própria Constituição como um todo, é de entender que a identidade básica do texto deve ser preservada, o que, por si, já significa um limite à atividade de reforma. O próprio constituinte originário pode indicar os princípios que não admite sejam modificados, como forma de manter a unidade no tempo do seu trabalho. Esses limites, é claro, não têm força para impedir alterações do texto por meios revolucionários, mas, se, com desrespeito a essas cláusulas pétreas, impõe-se a mudança da Constituição, ao menos se retira do procedimento “a máscara da legalidade”. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 292)

Portanto, podemos definir as cláusulas pétreas como normas constitucionais acerca de determinadas matérias consideradas essenciais à Constituição pelo legislador constituinte originário que, justamente por comporem essa verdadeira “alma constitucional”, são resguardadas do processo de reforma constituinte derivada.

Canotilho (2003, p. 1067) define cláusula pétrea como sendo um limite absoluto de revisão do texto constitucional, ou seja, “todos os limites da Constituição que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão”. Por sua vez, Jorge Miranda (2011, p. 269) afirma que se designam por cláusulas pétreas os “princípios ou limites que, em revisão constitucional, devem ser observados ou são considerados intangíveis”.

A cláusula pétrea visa, portanto, prevenir um processo de ruptura profunda constitucional ou, como afirma Paulo Branco, um processo de erosão da Constituição. Um trabalho bem interessante de Jon Elster, intitulado “Ulisses unbound”, compara a natureza da cláusula pétrea à história épica de Ulisses, narrada na obra homérica “A Odisseia”, quando o herói da guerra de Tróia pede para ser amarrado ao mastro de seu navio, a fim de que não “caia em tentação” ao

passar pelo mar das sedutoras. Esse limite material, portanto, tem a função de evitar com que situações passageiras sedutoras (como as sereias da obra de Homero) possam ferir de morte o texto constitucional.

Contudo, a doutrina se divide quanto à eficácia e à própria natureza destas cláusulas pétreas, de tal forma que podemos identificar três grandes correntes, as quais passaremos a intitular da seguinte forma: corrente da fragilidade, da rigidez parcial e da extrema rigidez.

A corrente da fragilidade das cláusulas pétreas defende que tal restrição material à reforma da Constituição é inaceitável, pois não deve haver diferença entre o Poder Constituinte Originário e o Derivado, sendo ambos formas de representação da soberania estatal. Desta forma, aceitando a teoria da cláusula pétrea, ainda que indiretamente, estaríamos afirmando que o Poder Constituinte Originário é hierarquicamente superior ao Derivado. São defensores desta corrente Loewenstein e Joseph Barthélemy. Contudo, não defendemos tal posicionamento, pois, conforme já expresso em item anterior, embora o Poder Constituinte Originário e o Derivado sejam de titularidade do povo, cada um possui sua função, de tal forma que, enquanto o primeiro representa uma ruptura com a ordem constitucional, o segundo visa manter a nova ordem inaugurada, atualizando-a às novas situações sociais, mas mantendo o espírito inaugural da Constituição.

Ora, se fosse possível o Poder Constituinte Derivado modificar completamente a ordem constitucional, estaríamos diante, na verdade, da forma originária deste Poder.

Por sua vez, a corrente da rigidez parcial, tendo como principal defensor o doutrinador português Jorge Miranda, defende que é válida a limitação material da reforma Constitucional por meio das cláusulas pétreas. No entanto, só seria intangível pelo Poder Constituinte Derivado as matérias tidas como pétreas, e não o próprio artigo que torna tais temáticas intangíveis. Desta feita, embora se considere que existam as limitações materiais, tais limites poderão deixar de existir mediante o processo de dupla reforma realizada pelo legislador constituinte derivado.

E em que consiste esse processo de dupla reforma? Nas palavras do próprio Jorge Miranda:

Numa postura só aparentemente intermédia, afirma-se que a validade dos limites materiais explícitos, mas, ao mesmo tempo, entende-se que as

normas que os preveem, como normas de Direito Positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando, assim, aberto o caminho para, num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites. Nisto consiste a tese da dupla revisão e do duplo processo de revisão. (MIRANDA, 2011, p. 277)

Assim, só seriam cláusulas pétreas as normas constitucionais que tratassem das matérias tidas como limites materiais. No entanto, o artigo constitucional que prevê tal limitação não possuiria tal intangibilidade. Logo, a superação de tal limitação material pelo Poder Constituinte Derivado poderia se dar através, primeiramente, da revisão do próprio artigo que prevê a existência das cláusulas pétreas, e, conseqüentemente, das normas constitucionais materiais que asseguram os direitos/garantias até então tidas como intangíveis.

A título de exemplo, segundo esta corrente, seriam cláusulas pétreas as matérias que tratam dos incisos do § 4º do art. 60 da Constituição Federal, mas o próprio art. 60, § 4º, não seria cláusula pétrea, razão pela qual, inicialmente, poderia o mesmo ser revogado para que, logo em seguida, a forma federativa de Estado, por exemplo, também pudesse ser alterada.

Contudo, também entendemos que tal tese não deve ser aceita, por configurar, em suma, um verdadeiro “golpe à Constituição”. Neste sentido, seguimos as lições de Canotilho (2003, p. 1067/1068):

A tese do **duplo processo de revisão**, conducente à *relatividade* dos limites de revisão, parece-nos de afastar. Já atrás, ao tratarmos da tipologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o facto de as normas de revisão serem qualificadas como *normas superconstitucionais*. Elas atestariam a superioridade do legislador constituinte e perfilam-se como o **parâmetro material de controlo especificamente referente às alterações da constituição**. E isto essencialmente porque o paradigma do nosso sistema jurídico é um *paradigma fundacional* (M. Galvão Teles): a norma fundamental é constituída como norma individual referida a determinado ou a determinados actos constituintes. A sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria *garantia* da Constituição. A violação de normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um acto constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional. Neste caso, sim, as disposições do art. 286º e seguintes serão simples proibições ineficazes em face de alterações constitucionais diretamente dirigidas à ruptura constitucional. Por outro lado, a supressão dos limites de *revisão através da revisão* pode ser um sério indício de **fraude à Constituição** (*fraude à la Constitution, Verfassungsbeseitigung*) de que falaremos a seguir. Finalmente, em termos jurídico-constitucionais, não se compreende bem a lógica da dupla revisão ou procedimento de revisão em duas fases. As regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos *pressupostos* da mesma norma, e daí que as regras fixadoras das

condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar. Acresce que o princípio básico, atrás referido, sobre as fontes de direito (cfr. *supra*) vale também aqui: nenhuma fonte pode dispor do seu próprio regime jurídico arrogando-se um valor que constitucionalmente não tem.

Por fim, a corrente da extrema rigidez entende que as cláusulas pétreas são imprescindíveis e incontornáveis. Imprescindíveis porque a manutenção da ordem constitucional depende necessariamente delas. Afinal, se for permitido ao poder constituinte derivado alterar a própria essência da Constituição, estaremos abrindo caminho para um verdadeiro caos jurídico e social, de tal forma que, a qualquer momento, poderá haver rupturas constitucionais só possíveis através da revolução (manifestação do Poder Constituinte Originário). Ademais, são incontornáveis porque não podem ser eliminadas/afastadas por meio do Poder Constituinte Derivado, nem através do outrora citado processo de dupla reforma.

No Brasil, é esta última corrente que se encontra vigente. Contudo, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 630.147 pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes levantou uma tese, também defendida pelo doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco, de que o rol de cláusulas pétreas, ainda que de extrema rigidez, só abarca as normas constituintes originárias, de tal forma que artigos constitucionais sobre cláusulas pétreas que adentraram o texto constitucional por meio do Poder Constituinte Derivado não apresentam esta limitação material. Tal argumento corresponde exatamente ao objeto do presente trabalho monográfico, razão pela qual o analisaremos mais detalhadamente num capítulo próprio.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Conceito, Evolução e Características

Paulo Gustavo Gonet Branco (2010, p. 313) menciona que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Ante tal afirmação, podemos entender que a formulação de um conceito para os direitos fundamentais depende, necessariamente, de duas questões: a temporal e a dignidade humana.

Definir os direitos fundamentais necessita, inicialmente, fazer um resgate histórico acerca da evolução de tal conceito na história da humanidade. Neste ponto, podemos afirmar, de forma mais explícita, que o marco inicial da discussão acerca destes direitos deu-se com o surgimento da religião cristã.

Durante sua passagem pelo mundo terreno, Jesus Cristo, através de sua doutrina, pregou ideias sempre voltadas para o amor e para o respeito ao próximo, bem como destacou temáticas que, ainda hoje, são alvos de profundas discussões, a exemplo da indisponibilidade da vida e da igualdade entre os homens. Expressões bíblicas como “Amar ao próximo como a si mesmo”, “Foi para a liberdade que Cristo nos libertou”, “Vocês devem lavar os pés uns dos outros” e “Eu vim para que todos tenham vida, e vida em abundância” refletem ideais básicos dos direitos fundamentais. Destarte, Jesus Cristo é tido por muitos como o primeiro e principal impulsionador da positivação destes direitos.

No entanto, a grande aceitação de tais princípios, bem como sua regular evolução, se deu a partir do século XVII. A título de exemplo, embora sua obra tenha sido utilizada para justificação do absolutismo monárquico, Hobbes já afirmava em “Leviatã” que a vida é o maior de todos os bens. Para este filósofo, o homem vivia inicialmente em um estado de natureza, caracterizado como sórdido, precário e miserável, onde reinava a insegurança sob o maior de todos os bens: a vida. Foi querendo fugir deste estado que os homens passaram a viver em sociedade, de tal forma que, para manterem uma boa convivência, abdicaram da sua liberdade sob todas as coisas, restringindo-a (fato este que levou à justificação do absolutismo monárquico).

Por sua vez, Rousseau, em momento histórico posterior, inverteu a relação anteriormente estabelecida por Hobbes. O iluminista defendeu o direito à vida avançando na defesa da liberdade. Para ele, o homem é bom por natureza, mas a sociedade o corrompe. Assim, a liberdade surge para Rousseau como uma forma de acabar com a corrupção social, de tal forma que ele passa a defendê-la como intrinsecamente necessária à convivência em sociedade. Logo, a relação, que antes era de superioridade do Estado em relação aos indivíduos, passou a ser de servidão por parte do Estado ao defender os direitos destes.

Nos séculos XVI e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 308).

Ocorre que apenas a partir das revoluções do século XVIII, especialmente da Americana e da Francesa, iniciou-se o processo de positivação destes direitos fundamentais. Nas palavras de Canotilho (2001, p. 377):

A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os <direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*).

Portanto, foram com as primeiras Constituições (Estados Unidos da América e França) que teve início o processo de positivação dos direitos humanos. Cabe destacar, também, a importância da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão para este processo que, ainda hoje, é considerada o principal documento para o estudo da evolução dos direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais ganharam destaque com o fim do absolutismo monárquico e, como afirma Branco (2010, p. 309), “assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo

e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado”.

Flávia Piovesan destaca também o processo de positivação dos supracitados direitos na esfera internacional, através de tratados ao longo da história. Segundo a doutrinadora:

Apresentando o breve perfil da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário, pode-se concluir que tais institutos, cada qual ao seu modo, contribuíram para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Seja ao assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado, tais institutos se assemelham na medida em que projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 118)

A título de exemplo, podemos destacar os seguintes documentos que contribuíram, no plano internacional, para a positivação dos direitos fundamentais: a Carta das Nações Unidas; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ante o exposto, verifica-se que a historicidade é um aspecto importante para que se possa conceituar os direitos humanos, como afirma Flávia Piovesan:

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. (PIOVESAN, 2010, p. 113/114)

Por outro lado, a dignidade humana também se mostra imprescindível para que se possam conceituar os direitos fundamentais. Não é à toa que a própria doutrina, muitas vezes, utiliza como sinônimas as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. É neste sentido que Canotilho (2001, p. 393) afirma que

“**direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.

Tomando por base esta definição é que podemos conceituar os direitos fundamentais como sendo aquelas garantias essenciais e inerentes à própria sociedade. São os princípios basilares da convivência humana harmônica, visando garantir os direitos que, historicamente, foram tratados como naturais: a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, dentre outros.

É neste mesmo entendimento que caminha José Afonso da Silva, ao definir os direitos fundamentais como sendo:

no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. (SILVA, 1992, p. 163-164)

Conceituados tais direitos, cumpre elencar, para um melhor entendimento, suas respectivas características.

Inicialmente, podemos dizer que os direitos fundamentais são universais e absolutos. No entanto, tais características devem ser entendidas através de algumas exceções.

Quando se fala em direito universal, está-se dizendo, *a priori*, que todas as pessoas são titulares do mesmo. Mas, vale ressaltar que esta característica de universalidade é mitigada em razão da existência de determinados direitos fundamentais restritos a alguns cidadãos ou a algumas classes, como é o caso, por exemplo, da imunidade parlamentar (prevista no artigo 53 da CF). Ademais, pode acontecer que direitos abrangidos pelo ordenamento brasileiro não sejam abarcados por outras nações.

Já no tocante ao caráter absoluto, entende-se, igualmente *a priori*, que tais direitos não podem sofrer qualquer tipo de restrição. Todavia, pode acontecer que haja conflitos entre os mesmos e um se sobreponha em relação ao outro (situação de sopesamento de direitos/princípios fundamentais). Portanto, tal característica também não deve ser vista de forma irrestrita.

Os direitos fundamentais também são históricos, conforme já exposto, tendo em vista que sua compreensão e evolução se dão através dos momentos que cada ordenamento vivencia. Assim, um direito tido como fundamental hoje pode não ser compreendido da mesma forma daqui a 100 anos. Tudo depende da organização política e social do período.

Os supramencionados direitos também são inalienáveis e indisponíveis, haja vista que não podem ser objetos de renúncia ou de comercialização. Neste tocante, vale ressaltar que tais características também devem ser compreendidas com reservas, pois há direitos que, embora fundamentais, podem ser objeto de comercialização, ainda que indireta.

Por fim, cabe ainda ressaltar que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, até por serem essenciais à manutenção do Estado Democrático, muito embora existam as chamadas normas com eficácia contida (que precisam de regulamentação por legislação infraconstitucional), a exemplo do direito de greve (art. 9º, da CF).

Estudados o conceito, evolução histórica e características dos direitos fundamentais, resta analisar sua divisão em gerações/dimensões. Neste tocante, muitos juristas preferem utilizar a última expressão em vez da primeira, tendo em vista que esta deixa transparecer uma ideia de sobreposição. Explicando melhor, ao falarmos em direitos fundamentais de 1ª, 2ª, 3ª ou, até mesmo, de 4ª geração, não implica dizer, por exemplo, que, com a 2ª, os direitos da 1ª são deixados de lado. Existe, na verdade, uma cumulatividade entre eles, de tal forma que a divisão visa tão somente apresentar o processo histórico de evolução dos mesmos. É por isto que falaremos em dimensões, e não em gerações, de direitos fundamentais.

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 310).

Os direitos de 1ª dimensão correspondem àqueles que primeiro foram positivados. Eles têm como titular o próprio indivíduo e são considerados indispensáveis à humanidade. Para compreendê-los melhor, é necessário que analisemos o momento histórico vivenciado quando da sua positivação, qual seja, o fim do absolutismo monárquico e a expansão do governo republicano através de revoluções, a exemplo da Francesa e da Americana. Neste momento, conforme analisado no primeiro capítulo desta monografia, a liberdade era o direito que melhor refletia o sentimento das camadas populares. O povo queria se libertar da opressão monárquica que, há praticamente 3 (três) séculos, ocasionava toda forma de tortura física e psicológica a quem não fazia parte da nobreza.

Por este motivo, os direitos de 1ª dimensão podem ser representados através dos direitos civis e políticos, além dos de liberdade. Logo, diminuía-se a figura do Estado (principal marca do absolutismo) e aumentava-se a figura do cidadão (principal expoente do liberalismo).

Ocorre que, com o avanço da sociedade e das formas de organização política, novos problemas foram surgindo, a exemplo dos sociais, e cabia à classe governante resolvê-los. Pensar o homem através do individualismo, principal característica da 1ª dimensão, fugia da ideia de justiça social que começava a se difundir, de forma bastante eloquente, em todo o mundo, impulsionada, principalmente, pelos ideais socialistas. Dá-se início, portanto, à 2ª dimensão de direitos fundamentais, que, diga-se, continua defendendo os direitos da anterior, porém dando mais ênfase aos de igualdade e de sociedade.

O principal objetivo dos direitos de 2ª dimensão é o de libertar o homem da opressão econômica. Toda nação do mundo apresenta cidadãos que foram e são vítimas desta e, no caso específico do Brasil, não é diferente. Ainda hoje, em pleno século XXI, podemos perceber sérios problemas sociais, como os que envolvem as questões de gênero, raça e classe social.

É neste contexto que os direitos fundamentais de 2ª dimensão possuem uma importância extrema, ampliando o sentido do próprio princípio da igualdade/isonomia.

Um dos grandes expoentes desses direitos de 2ª dimensão é o neocontratualista John Rawls. Em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, ele menciona que a desigualdade só pode existir se beneficiar os mais fracos e a sociedade como

um todo. Se tratarmos determinada classe social através de opressões e submissões, estaremos criando um verdadeiro exército de desfavorecidos que, a qualquer momento, poderá se rebelar em busca da igualdade que lhe foi retirada ao longo dos anos.

Diferentemente de Hobbes, Locke e Rousseau, a preocupação de Rawls não é com a existência de um vínculo político na sociedade, e sim com a justiça. O seu principal objetivo é construir um equilíbrio entre a igualdade e a liberdade, utilizando duas ideias fundamentais: a própria liberdade e a diferença. Para ele, aquela consiste numa ordenação serial. Não se pode, portanto, sacrificá-la buscando a prosperidade. Inclusive, foi com este argumento que foram instaladas diversas ditaduras em todo o mundo, inclusive na segunda metade do século XX na América Latina. O filósofo admite que a desigualdade deve ser aceita na medida que maximize a situação dos menos favorecidos, como já mencionado.

Por fim, os direitos de 3ª dimensão caracterizam-se por serem difusos e coletivos. Assim como na dimensão anterior, não se trata mais agora simplesmente do homem individualizado, e sim dos grupos sociais. São os direitos de solidariedade ou fraternidade.

É a partir desta 3ª dimensão que temáticas importantes para o desenvolvimento da sociedade começam a ganhar destaque, a exemplo da paz mundial e da proteção ao meio ambiente. Não há um indivíduo detentor dos direitos de 3ª dimensão. Há, sim, uma sociedade detentora de um meio ambiente equilibrado e que busca o desenvolvimento humano e a paz.

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 310)

Vale ressaltar que alguns doutrinadores ainda acrescentam a existência de uma 4ª dimensão, representada pelos direitos à democracia, informação, pluralismo e bioética. São temas essenciais para a sociedade aberta e que têm importância relevante no ordenamento jurídico não só brasileiro como também mundial. Neste contexto, fazemos lembrança do julgamento histórico do Supremo

Tribunal Federal, em 2008, a respeito das pesquisas com células-tronco embrionárias e da Lei de Biossegurança. Na oportunidade, a discussão ganhou um teor científico brilhante ao se mesclar aspectos jurídicos e biológicos. Trata-se de uma nova forma de se avaliar os limites dos direitos fundamentais, razão pela qual grande parte da doutrina defende que tais direitos não são um prolongamento da 3ª dimensão, e, sim, manifestação de uma nova como afirma Paulo Bonavides.

3.2 Direitos Individuais x Direitos Fundamentais x Direitos Humanos

Muito se fala em direitos individuais, fundamentais e humanos, de tal forma que, na maioria das vezes, são tratados como sinônimos. No entanto, tais expressões são realmente idênticas? É buscando responder a esta pergunta que, de forma resumida, exploraremos alguns conceitos neste tópico.

Canotilho, ao diferenciar direitos humanos de fundamentais, menciona que:

As expressões <direitos do homem> e <direitos fundamentais> são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2001, p. 393)

Já os direitos individuais são conceituados pelo doutrinador da seguinte forma:

os **direitos civis**, depois de esvaziados dos direitos políticos, passam a ser considerados pela publicística francesa como **direitos individuais** ou **liberdades individuais** ou ainda *liberdades fundamentais*. A designação de direitos individuais reflecte melhor a filosofia individualista da escola liberal e daí a sua escolha em detrimento da fórmula direitos civis. (CANOTILHO, 2001, p. 395)

Observa-se, portanto, que a diferença entre tais conceitos é extremamente pequena, razão pela qual não é errado considerá-los expressões equânimes.

O direito fundamental é o gênero do qual fazem parte os direitos humanos e os direitos individuais. Utilizando-se de uma fórmula matemática, é como se a soma destes dois últimos direitos resultasse no primeiro.

A principal diferença, pois, entre os direitos fundamentais e os humanos reside na ideia de positivação. Os direitos humanos existem naturalmente, fazendo parte da própria existência humana. Ocorre que, quando eles são positivados, adquirem a nomenclatura de fundamentais.

Já a discrepância entre direitos fundamentais e os direitos individuais reside no fato de que estes equivalem aos chamados direitos fundamentais de 1ª dimensão, quais sejam, os de liberdade, segurança individual e propriedade.

Existe uma divergência na doutrina brasileira quanto à adoção da teoria que defende a similaridade entre tais conceitos. O início de tal debate se deu com a interpretação do art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal, que prevê como cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais.

A partir de tal redação constitucional, originou-se um intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca do próprio conceito de direitos e garantias individuais. O art. 60, § 4º, IV, da CF abarca apenas os direitos fundamentais de 1ª dimensão ou também os demais? E os direitos humanos também estariam inclusos nessa modalidade de cláusula pétrea? Paulo Gustavo Gonet Branco aborda bem esse importante debate jurídico:

Há polêmica quanto a saber se além dos direitos individuais, expressamente referidos no art. 60, § 4º, da CF, também os direitos sociais estariam protegidos como cláusula pétrea. De um lado, nega-se que os direitos sociais participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma, argumentando-se que aquele dispositivo da Lei Maior fala em “direitos e garantias individuais” e não em direitos fundamentais, gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécies. Se o inciso IV do § 4º do art. 60 não aludiu a direitos sociais, não os terá tomado como especialmente protegidos. Diz-se, ainda, que essa teria sido uma opção do constituinte, atenta à diferenciada estrutura entre direitos individuais e direitos sociais. Como estes últimos, por serem direitos a prestação, estão na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis, não poderiam ser afirmados como imodificáveis.

De outro lado, argui-se que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição (*Dos Princípios Fundamentais*) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para

preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 300/301)

Adotamos o entendimento de que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao falar em direitos e garantias individuais, na verdade, faz referência aos direitos fundamentais (que engloba tanto os individuais, como os coletivos e os humanos – que não deixam de ser individuais e coletivos também). É neste sentido que o STF vem se manifestando, ao defender que são cláusulas pétreas não apenas os direitos e garantias insculpidos no art. 5º - Capítulo I do Título II da Constituição, mas, também, todo artigo constitucional que verse sobre direitos fundamentais, independentemente da classificação como direitos humanos, individuais ou coletivos.

Portanto, defendemos a ideia de que a divisão em direitos fundamentais, humanos e individuais possui um fim meramente didático, sendo, na verdade, todos direitos fundamentais, essenciais à convivência humana em comunidade.

Voltaremos a abordar tal discussão no último capítulo da presente monografia, quando analisaremos a intangibilidade de tais direitos.

3.3 Hierarquia e Inovações no Constitucionalismo Brasileiro – o caso dos tratados internacionais sobre direitos humanos

Não há dúvidas de que os direitos fundamentais estão num patamar hierárquico superior no constitucionalismo brasileiro, até porque eles refletem a própria construção de uma identidade constitucional. Os direitos fundamentais são o espírito de uma Constituição, de tal forma que, para que se possa existir um documento constitucional, deve-se haver separação de poderes, soberania e respeito a estes direitos fundamentais.

No entanto, inovações no constitucionalismo brasileiro vêm modificando, ainda que indiretamente, a hierarquia que tais direitos fundamentais ocupam no nosso cenário constitucional. E a principal dessas inovações mantém relação com a

incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos ao nosso ordenamento jurídico.

Com a Emenda Constitucional 45/2004, grandes e importantes alterações na nossa Constituição foram realizadas, a exemplo da inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, inserindo, formalmente, o Brasil num contexto de legislação internacional. Isto não quer dizer, contudo, que a inserção do Brasil num plano internacional de fontes do direito se deu apenas com a inclusão do supracitado parágrafo. Conforme será demonstrado posteriormente, o § 2º do art. 5º, criado pelo legislador constituinte de 1988, já abre uma previsão de inclusão normativa de esfera internacional.

Ipsis litteris, o art. 5º, § 3º da CF dispõe que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2010, p. 10).

Até 2004, a única referência feita pelo texto constitucional aos tratados internacionais sobre os direitos humanos estava presente no § 2º do art. 5º que assim estabelece: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 2010, p. 10).

Portanto, segundo interpretação simples do disposto no art. 5º, § 2º, da nossa Carta Magna, o rol constitucional de direitos fundamentais é exemplificativo, e não exaustivo, de tal forma que também fazem parte deste grupo aqueles direitos que se encontram previstos em tratados internacionais. Destarte, entendemos que a simples existência do § 2º torna estes tratados materialmente constitucionais.

Mas esta não é a interpretação aceita, ao longo da história, pelo Supremo Tribunal Federal, que sempre demonstrou um caráter conservador acerca da matéria.

O atual posicionamento de nosso Excelso Pretório acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro pode ser considerado uma verdadeira “inovação conservadora”, ao ser criado um novo grau de hierarquia de difícil visualização: a supralegalidade.

Não há dúvidas nem discussões acerca da hierarquia constitucional formal dos tratados sobre direitos humanos que ingressam no nosso ordenamento pós-EC 45/2004 e mediante o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF. A grande polêmica surgiu em relação aos tratados de mesma temática, ratificados e ingressados em período anterior à Emenda.

O caso mais conhecido e que impulsionou o STF a se posicionar acerca da matéria diz respeito à prisão civil do depositário infiel, tendo em vista que, de acordo com o Pacto de San José da Costa Rica (ratificado anteriormente à emenda), só seria permitida a prisão civil decorrente de dívida alimentícia. Surgiu, portanto, o grande confronto entre o tratado e o art. 5º, XLVII, da CF.

Na situação, o nosso Tribunal Constitucional decidiu que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados anteriormente à EC 45/2004 possuem uma hierarquia de supralegalidade (HC 88.240/SP, Segunda Turma do STF, Relatora Min. Ellen Gracie.), ou seja, são normas que estão acima da legislação infraconstitucional, porém abaixo do texto constitucional.

Pode-se afirmar que esta foi a inovação mais conservadora que o Supremo Tribunal Federal já realizou em toda sua história, pois o nosso Tribunal Constitucional inaugurou um novo grau hierárquico (até então não existente) para resolver um caso específico, mas que não resolveu a questão em si. Na verdade, ao mesmo tempo em que desejava reconhecer a hierarquia constitucional das fontes normativas acerca dos direitos fundamentais/humanos, o nosso Excelso Pretório não queria dar ênfase ao ingresso de normas internacionais. A experiência e inteligência dos componentes de nossa Corte Máxima reuniram “o útil ao agradável”. Ao mesmo tempo em que se deu prevalência ao tratado em detrimento da legislação infraconstitucional (declarando a ilegalidade da prisão civil por dívida do depositário infiel), o STF não decidiu pela inconstitucionalidade ou revogação de parte da norma constitucional, mas, sim, de revogação baseada no critério de especificidade da legislação.

Ousamos discordar, contudo, do respeitável posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Mesmo a nossa Corte Suprema negando a constitucionalidade destes tratados, muitos doutrinadores, a exemplo de Flávia Piovesan e Mazzuoli, afirmam que todo direito humano previsto em tratados internacionais dos quais o

Brasil seja parte é materialmente constitucional, independentemente do tratado fazer parte ou não do nosso ordenamento interno por meio do decreto de execução.

A inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição (já citado anteriormente) veio apenas formalizar a posição hierárquica de constitucionalidade que os tratados internacionais já possuíam. Enquanto o § 2º afirma que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem natureza materialmente constitucionais, o § 3º veio atribuir a eles caráter formal através de um processo dificultoso tal qual o utilizado para a reforma da nossa Constituição.

Ante o exposto, podemos afirmar, portanto, que a inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal significou um avanço em nosso ordenamento jurídico, além de uma tentativa de ratificar o que a simples interpretação do art. 5º, § 2º já previa. O que nos falta é ampliá-lo e, para isso, há a necessidade de uma mudança no entendimento da temática pelo Supremo Tribunal Federal, que está sendo o principal entrave à inclusão do Brasil num contexto supranacional e ao reconhecimento pleno e proteção máxima das normas internacionais sobre direitos fundamentais.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INCLUÍDOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO ATRAVÉS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO SÃO CLÁUSULAS PÉTREAS?

Após terem sido feitas breves considerações acerca da teoria geral do poder constituinte e dos direitos fundamentais, chegamos à parte final e clímax do presente trabalho: a análise específica do tema desta monografia.

Porém, para tanto, faz-se necessário retomar a discussão que deu origem à presente temática: o debate entre os ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 630.147/DF.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – É. Mas, na nossa Constituição, não havia isso – na originária. Veio por efeito da Emenda 14.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – É. Não é algo estranho ao constitucionalismo brasileiro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Agora, eu só diria que Vossa Excelência tirou a conclusão exatamente contrária, a meu ver, com todas as vênias de estilo. É que o artigo 16, segundo as nossas premissas – e nós reafirmamos isso neste caso –, integra as cláusulas pétreas. É isso que já afirmamos. É esse precedente que estou a mencionar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – Da Ministra Ellen Gracie.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Eu também já disse isso. Eu já afirmei isso também. Já fiz os maiores elogios ao 16.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Exatamente. Então, na verdade, o art. 14, § 9º, tem que ser interpretado... E o meu querido e velho professor, da Alemanha, Hans-Uwe Erichsen, teve a oportunidade de escrever sobre isso, se era possível fazer interpretação conforme de norma constitucional derivada, à luz do texto constitucional. Ele dizia, inclusive, que dever-se-ia ter muito cuidado com isso. Mas, claro, não é o artigo 14 que é o parâmetro que vai limitar o artigo 16. Estamos a afirmar é que o artigo 16 configura cláusula pétrea, que precisa ser respeitada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – E o 14 também, porque fala do voto. Fala da eleição. E o voto é cláusula pétrea.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Desculpe-me, estou lhe falando...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Com a eleição sem voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não podemos falar de cláusula pétrea, Ministro, de norma posta por emenda constitucional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Podemos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – O artigo 14 inaugura o capítulo dos direitos políticos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Estou falando do § 9º.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Todo o direito fundamental, ainda que por arrastamento, é cláusula pétrea.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Desculpe-me, Ministro, não é assim que a doutrina trata a cláusula pétrea. Não. Normas que são introduzidas por emenda constitucional não são cláusulas pétreas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Esse artigo 14, § 9º, na medida em que fala de legitimidade e regularidade das eleições, está se referindo a quê? Está protegendo o eleitor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Vossa Excelência que falou que foi colocado por emenda. Por emenda constitucional, obviamente não é cláusula pétrea.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E acrescentar os direitos fundamentais nas cláusulas pétreas, não, Ministro?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Mas esses valores remontam ao próprio princípio republicano.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu só estou tentando ajudar a argumentação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas o que for acrescentado como direito fundamental no artigo 5º não se torna cláusula pétrea?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não. Também não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Por emenda constitucional?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Também não. Há uma vasta doutrina em torno desse assunto e pode-se disputar. Mas, obviamente, não é esse o argumento. O artigo 16, obviamente, é a base. Foi isso o que dissemos, pelo menos na ADI 3.685, inclusive com o voto de Vossa Excelência. (MENDES, 2011, p. 873-874)

Esse importante e caloroso debate passou despercebido, à época, pela maioria dos brasileiros, e, até mesmo, dos juristas, que estavam preocupados tão somente com a questão da aplicabilidade ou não da chamada “lei ficha limpa”. Contudo, o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes outrora exposto traz uma discussão muito mais importante e com efeitos muito mais profundos do que a própria matéria que estava em julgamento no STF. É exatamente por este motivo que passaremos a analisar se as normas de direitos fundamentais inseridas na Constituição pelo Poder Constituinte Derivado são ou não cláusulas pétreas.

A linha de argumentação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes baseia-se na ideia, já mencionada no primeiro capítulo deste trabalho, de que o Poder Constituinte Originário apresenta, ainda que indiretamente, uma hierarquia superior ao derivado, razão pela qual, por exemplo, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que as normas constitucionais derivadas podem ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face das normas originárias. Isso se dá porque as normas oriundas do Poder Constituinte Originário refletem o verdadeiro espírito constituinte, de tal forma que, para mantê-lo, as resultantes do Poder Constituinte Derivado devem seguir na mesma linha.

Diante de tal argumentação, não poderiam, segundo o Ministro Gilmar Mendes, as normas constituintes derivadas se tornarem cláusulas pétreas, pois não são oriundas daquele poder absoluto e voraz que inaugura o texto constitucional. É

neste mesmo entendimento que caminha Paulo Gustavo Gonet Branco ao ensinar que:

Se a proteção fornecida pela cláusula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu núcleo essencial amesquinhado, não tolhe, evidentemente, o legislador reformista de ampliar o catálogo já existente. A questão que pode ser posta, no entanto, é a de saber se os novos direitos criados serão também eles cláusulas pétreas. Para enfrentá-la é útil ter presente o que se disse sobre a índole geral das cláusulas pétreas. Lembre-se que elas se fundamentam na superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma. Por isso, aquele pode limitar o conteúdo das deliberações deste. Não faz sentido, porém, que o poder constituinte de reforma limite-se a si próprio. Como ele é o mesmo agora ou no futuro, nada impedirá que o que hoje proibiu, amanhã permita. Enfim, não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo.

Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer – diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar – não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 301-302)

Paulo Branco, portanto, na mesma linha de pensamento de Gilmar Mendes, defende que as normas de direitos fundamentais criadas por meio de emenda constitucional (manifestação do Poder Constituinte Derivado) são tangíveis, não sendo consideradas, portanto, cláusulas pétreas.

Defendemos, assim como os doutrinadores outrora citados, que, realmente, há uma superioridade entre as formas de Poder Constituinte. Ninguém discute que o Poder Constituinte Originário se sobrepõe ao Derivado, até porque, como já mencionamos em capítulo próprio, aquele é o grande monstro que tudo destrói e inaugura uma nova ordem jurídica. No entanto, tal fundamento não exclui o fato de normas constitucionais derivadas poderem ser consideradas cláusulas pétreas. Senão, vejamos:

O art. 60, § 4º, da Constituição Federal estabelece que:

Art. 60 (...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

(BRASIL, 2010, p. 26)

Tal dispositivo constitucional, criado pelo Poder Constituinte Originário, define os limites materiais do processo de reforma da Constituição. A intangibilidade por ele destacada se dá pelo fato de que as cláusulas pétreas refletem o desejo do constituinte originário. Portanto, não poderá o constituinte derivado alterar essa vontade normativa originária. Assim, por exemplo, não se poderia, por meio de emenda constitucional, acrescentar um inciso V ao § 4º do art. 60, incluindo como cláusula pétrea os impostos da União. Muito menos se poderia, por exemplo, revogar o inciso III do art. 60, § 4º. As cláusulas pétreas só poderão ser alteradas mediante outra manifestação originária de tal Poder que rompa, definitivamente, com a ordem jurídica vigente.

Contudo, não foi desejo do legislador constituinte originário proteger apenas as normas de direito fundamental criadas por si, pois, se assim o fosse, a redação do inciso IV do art. 60, § 4º seria: “os direitos e garantias individuais criados por meio do Poder Constituinte Originário”. O que o legislador constituinte estipulou foi que todas as normas sobre direitos e garantias individuais (e, aqui, devemos entender como direitos e garantias fundamentais, conforme, inclusive, as expressões utilizadas pelos Ministros do STF no debate que abriu este capítulo) receberiam proteção na forma de cláusula pétrea.

Assim, nosso entendimento caminha no sentido daquele defendido pela Ministra Cármen Lúcia, ainda que indiretamente, no julgamento do RE 630.147/STF, qual seja, todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de terem sido inseridas pelo poder constituinte originário ou derivado, são cláusulas pétreas.

Primeiro questionamento que se pode fazer: Por que todas as normas de direitos fundamentais, e não todas as normas de direitos individuais?

No capítulo anterior, abordamos, sucintamente, a diferença doutrinária existente entre as expressões direitos fundamentais, direitos individuais e direitos humanos. Naquela oportunidade, mencionamos que tal distinção é meramente didática, já que, na prática, tanto os direitos individuais como os humanos, são fundamentais. Aliás, se formos pesquisar mais a fundo, poderemos ver que o direito humano é um direito individual que, conseqüentemente, também é um direito fundamental. Logo, entendemos que a cláusula pétrea protege o gênero, ou seja, todos os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos. E é neste caminho que também vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal. Basta

analisar a transcrição do debate que abriu este capítulo. Em nenhum momento, os Ministros se referiram a cláusulas pétreas de direitos individuais, e, sim, de direitos fundamentais.

Ademais, já há decisão do STF no sentido de que não apenas o art. 5º da CF é cláusula pétrea instituída pelo art. 60, § 4º, IV, da CF, mas, também, qualquer outro direito fundamental que encontre guarida no texto da Constituição, ainda que por arrastamento. Portanto, explicado tal ponto, partimos para um segundo questionamento: Por que as normas de direitos fundamentais oriundas do poder constituinte derivado também são cláusulas pétreas?

Inicialmente, cumpre destacar que, da leitura do art. 60, § 4º, da Constituição da República, não se encontra nenhuma “pista” de que teria sido vontade do legislador constituinte originário negar a introdução de novos direitos fundamentais como cláusulas pétreas (conforme já explanado). Destarte, embora seja a Corte Suprema do nosso país, não cabe ao Supremo Tribunal Federal colocar palavras na boca do constituinte. O STF não é Assembleia Constituinte, e, sim, um Tribunal de Cúpula que, dentre suas funções, deve proteger e dar interpretação ao texto constitucional. Não cabe ao nosso Excelso Pretório, portanto, acrescentar ou retirar dispositivo, reformando a Constituição, de tal forma que qualquer posicionamento neste sentido configura-se, em verdade, uma usurpação de poderes. Ademais, cumpre lembrar quem nem Tribunal Constitucional o STF é. Na verdade, ele atua como um Tribunal Constitucional.

De outro norte, é importante mencionar que admitir-se a existência de direitos fundamentais tangíveis e intangíveis fere de morte a própria essência da rigidez constitucional, haja vista que este é o critério que deve se pautar na classificação das normas constitucionais. Adotar o posicionamento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento outrora mencionado, é admitir-se a existência de direitos fundamentais de 1º e 2º grau num mesmo documento normativo – a Constituição – e sobre a mesma temática, o que é inadmissível.

Ao redigir o § 2º do art. 5º da nossa Constituição, o legislador constituinte originário fez questão de não excluir da proteção da intangibilidade da norma constitucional outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados por nossa Carta Magna, bem como aqueles decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Ou seja, foi desejo do legislador constituinte proteger

direitos que sequer temos conhecimento de sua existência e que, dependendo da evolução histórica e política, possam vir a existir e serem incorporados ao documento constitucional de acordo com os princípios e regimes lá adotados.

A nossa Constituição é conhecida como uma das mais democráticas de todo o mundo. O que o legislador constituinte originário estabeleceu no art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil foi que não se poderia abolir direito fundamental. Contudo, conforme entendimento pacífico, é possível ampliar tal rol com o acréscimo de novos direitos. Se o constituinte originário atribuiu a possibilidade de se criarem novos direitos fundamentais, por que eles não poderiam igualmente ser considerados cláusulas pétreas?

O legislador constituinte originário, repita-se, tratou as cláusulas pétreas como gênero. Da simples leitura da norma constitucional, depreende-se que todas as normas que estabeleçam direitos fundamentais são cláusulas pétreas. Portanto, respeitando a posição defendida por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, entendemos que todas as normas constitucionais, independentemente de serem oriundas do Poder Constituinte Originário ou Derivado, são cláusulas pétreas.

Respondida a pergunta que deu origem a este capítulo, resta, finalmente, analisar os perigos para a ordem constitucional que o posicionamento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes e por Paulo Gustavo Gonet Branco podem trazer.

Se considerássemos que apenas as normas originárias que versassem sobre direitos fundamentais seriam cláusulas pétreas, uma imensa insegurança jurídica-constitucional, bem como um verdadeiro retrocesso social, se alastrariam por nosso ordenamento jurídico.

Se as normas constituintes derivadas não fossem consideradas cláusulas pétreas, a qualquer momento, um novo direito fundamental conquistado por meio de emenda à Constituição poderia ser revogado dependendo da posição política de cada época. Direitos fundamentais conquistados através de muita luta, a exemplo dos destinados aos trabalhadores domésticos (Emenda Constitucional 72/2013), poderiam, a qualquer momento, serem abolidos e estaríamos diante de um verdadeiro retrocesso social. Na verdade, daríamos mais uma contribuição para que a classe política pudesse “brincar” com o povo brasileiro, ora lhe concedendo direitos (atendendo ao clamor das classes desfavorecidas economicamente, por exemplo), ora retirando tais direitos (a fim de agradar à elite dominante).

E não são só a expansão dos direitos dos empregados domésticos que estariam em risco com a tese da não limitação material das normas constitucionais derivadas. Direitos sociais como a alimentação e a moradia (EC 64/2010); proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (EC 20/1998); e a própria disposição constitucional que prevê a existência de Lei Complementar estabelecendo hipóteses de inelegibilidade de pessoas, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade dos detentores de mandato eletivo e a normalidade das eleições (EC de Revisão 4/1994) estariam correndo risco de, a qualquer momento, poderem ser revogados, pois não estariam abarcados pelas hipóteses de cláusulas pétreas.

Destaque-se que tal matéria ainda não foi alvo de discussão direta no Supremo Tribunal Federal. Apenas foi tratada, no Recurso Extraordinário 630.147/STF, como uma questão lateral, o que nos faz chegar à conclusão de que a matéria está em aberto e que, a qualquer momento, poderá novamente vir à tona.

É chegada a hora de nosso Excelso Pretório se posicionar explicitamente no sentido de que todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de serem oriundas do poder constituinte originário ou derivado, são cláusulas pétreas. Do contrário, estaríamos pondo em risco os mais de 25 anos de constitucionalismo democrático inaugurado no Brasil através da Constituição Cidadã de 1988, bem como todas as conquistas sociais que, ao longo deste tempo, o povo brasileiro logrou, muitas vezes, através de grande quantidade de suor e lágrimas.

Finalizamos o presente trabalho ressaltando as reflexões trazidas por José Afonso da Silva e Flávia Piovesan. Nas palavras de Silva (1992, p. 80), “É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.”. Já Piovesan (2010, p. 36) destaca que “cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.”.

Não é, e nem poderia ser, intenção do legislador constituinte originário exaurir todos os direitos fundamentais existentes, até porque eles avançam com o tempo, conforme visto no capítulo anterior. Porém, foi seu interesse, sim, proteger

todo e qualquer direito fundamental. E é nesta linha que não há interpretação mais conforme com a Constituição que aquela que defende que todos os direitos fundamentais, independentemente da manifestação de Poder que lhe deu origem, devem ter proteção máxima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise de toda a teoria envolvendo o Poder Constituinte e os Direitos Fundamentais, conseguimos chegar à conclusão de que todas as normas constituintes, derivadas do Poder Originário ou Derivado, que versarem sobre os direitos outrora mencionados são cláusulas pétreas, encontrando, conseqüentemente, o poder reformador, uma limitação material para qualquer forma de abolição de tais direitos.

É importante destacar que, conforme mencionado, inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do RE 630.147/DF, a doutrina se divide quanto a tal posicionamento, podendo-se encontrar fortes argumentos de ambos os lados. Contudo, fazendo-se uma interpretação conforme a Constituição, não há como se adotar a teoria defendida pelo ilustre membro do STF em razão do princípio que visa valorizar e dar primazia à defesa dos direitos fundamentais.

Nesta disputa doutrinária, há apenas uma certeza: o Supremo Tribunal Federal ainda não proferiu uma posição explícita acerca da temática, fato este que nos gera certo temor. Já é chegado o momento de nosso Excelso Pretório reafirmar a intangibilidade de todos os direitos fundamentais, pois, caso prevaleça a tese de não limitação material das normas constitucionais derivadas sobre direitos humanos, importantes conquistas da sociedade brasileira estarão em risco.

Neste tocante, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social também se faz necessária, bem como a valorização da segurança jurídica, haja vista que, ainda que indiretamente, conforme foi explicitado no presente trabalho monográfico, a aceitação da tese defendida por Gilmar Mendes e Paulo Branco poderá ocasionar um caos no ordenamento jurídico brasileiro, em face de, por exemplo, em curtos lapsos temporais, haver o acréscimo e retirada de direitos fundamentais de nosso rol constitucional.

Entendemos que o objetivo da presente monografia foi atingido. Conseguimos emitir um posicionamento fundamentado acerca da temática, dando uma importante contribuição para as comunidades acadêmica e jurídica, haja vista que tal matéria ainda é pouco discutida nestes ambientes. No entanto, a análise geral não se exaure com a presente monografia. Há a possibilidade de se analisar mais detalhadamente os efeitos decorrentes do entendimento aqui exposto através

de novo trabalho científico. Não se pretende, portanto, conforme já explicitado na Introdução, esgotar a matéria, mas, sim, abrir horizontes e caminhos para que, a partir das considerações aqui demonstradas, novos trabalhos possam vir a ser realizados, ampliando esta temática tão importante para o Direito e para o constitucionalismo brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARACHO, J. A. O. **Teoria Geral do Poder Constituinte**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, número 52. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1981, p. 7-58.

BÖCKENFÖRDE, E. W. **El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional**. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2000, p. 159-180.

_____. **Notas sobre el concepto de <cambio constitucional>**. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2000, p. 181-196.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTOS GISBERT, R. **La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución**. Oñati: IVAP, 2005.

CALLEJÓN, F. B. **Possibilidades e limites da reforma constitucional na Espanha no contexto do Estado Autônomo Integrado na União Europeia**. Direitos Fundamentais e Justiça, Ano 3, nº 6. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

ELSTER, J. **Ulisses unbound**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FERREIRA FILHO, M. G. **O Poder Constituinte**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUSMÃO, H. C. A. **Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias?** Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 06. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. **Poder de reforma da Constituição Estatal num contexto supranacional: o caso europeu**. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 15, nº 01,

págs. 129-142. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

HÄBERLE, P. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HESSE, K. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2ª edição. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

JELLINEK, G. **Reforma y Mutacion de la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, F. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

MADURO, M. P. **Las formas del Poder Constitucional de la Unión Europea**. Revista de Estudios Políticos, 119. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

MARTÍN, C. C. **La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del derecho**. Madrid: Trotta, 2003.

MAZZUOLI, V. O. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **A tese da Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 03 de abril de 2009.

MENDES, G. F. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MÜLLER, F. **O novo paradigma do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NAWIASKY, H. **Teoria General del Derecho**. Granada: Editorial Comares, 2002.

NEGRI, A. **O Poder Constituinte**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

OTTO, I. **Derecho Constitucional**. Barcelona: Editora Ariel, 2008.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Carlos P. Correia. Lisboa: Presença, 1993.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos sobre a Constituição**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.